

# A LEI “ANTICRIME” E A ADMISSIBILIDADE DE PROVAS INVESTIGATIVAS: REFLEXÕES COM BASE NO JUSTO PROCESSO CONVENCIONAL

*THE “ANTICRIME” LAW AND THE ADMISSIBILITY OF INVESTIGATIVE EVIDENCE: REFLECTIONS BASED ON THE CONVENTIONAL FAIR TRIAL STANDARDS*

VÍTOR SOUZA CUNHA

Doutorando em Processo Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília

**Resumo:** O artigo tem por objetivo analisar a interpretação de que o §3º do artigo 3º-C do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei “Anticrime”, é uma regra rígida de inadmissibilidade de provas. Busca-se responder se essa regra rígida de exclusão e proibição de uso de elementos investigativos repetíveis é compatível com os parâmetros convencionais utilizados para se reputar devido o processo penal. A discussão partirá das premissas de que a busca da verdade é o objetivo institucional do processo penal e que o direito ao confronto, fundamento que justifica a exclusão das provas investigativas, tem função epistêmica. Demonstrar-se-á que essa interpretação que defende a exclusão imperativa das provas investigativas não observa a racionalidade epistêmica, uma vez que não é adequada e necessária para atingir os fins pretendidos, o que a torna incompatível com a ideia de justo processo convencional.

**Palavras-chave:** Regras de exclusão de provas. Direito ao confronto. Epistemologia. Justo processo convencional

**Abstract:** The article aims to analyze the interpretation that the § 3 of article 3-C of the Code of Criminal Procedure, introduced by the “Anticrime” Law, is a strict rule of inadmissibility of evidence. The article seeks to answer whether this strict rule of exclusion and prohibition of repeatable investigative evidence is compatible with conventional standards of fair trial. The discussion will start from the premises that the search for truth is the institutional purpose of the criminal procedure and that the right to confrontation, the reason that justifies the exclusion of investigative evidence, has an epistemic function. It will be shown that this interpretation, which considers the imperative exclusion of investigative evidence to be correct, does not observe epistemic rationality since it is not adequate and necessary to achieve the intended ends, which makes it incompatible with the standards of conventional fair trial.

**Keywords:** Exclusionary rules. Right to confrontation. Epistemology. Conventional fair trial

## 1. INTRODUÇÃO

Mudanças substanciais no conjunto de regras processuais penais é fenômeno que costuma gerar dissensos e acalorados debates. A entrada em vigor da denominada da Lei n.º

13.964, de dezembro de 2019, denominada “Pacote Anticrime”, não destoou do que comumente se observa.

Uma das divergências mais relevantes e com grande potencial de impactar o funcionamento do sistema de justiça criminal é a interpretação do §3º do artigo 3º-C do Código de Processo Penal. Por um lado, advoga-se que esse dispositivo legal criou uma restrição probatória que alcança a admissibilidade e valoração das provas investigativas repetíveis, de modo a impedir a utilização de tais elementos na instrução judicial. Por outro, entende-se que a nova legislação apenas prevê um comando dirigido ao recém-criado juiz de garantias, impedindo-o de remeter os autos de sua competência ao juiz da instrução e julgamento.

O presente trabalho, para contribuir para o debate, busca analisar se a interpretação mais restritiva, que advoga a inadmissibilidade das provas investigativas, é compatível com os parâmetros do que é considerado um justo processo convencional. Considera-se que a análise com base na cláusula do processo devido – ou justo –, tal como interpretada pelas cortes supranacionais de direitos humanos, fornece critérios mais precisos para uma conclusão segura.

A avaliação com base na ótica do devido processo convencional demanda clareza quanto aos pressupostos político-criminais que fundamentam o tratamento jurídico dispensado às provas investigativas repetíveis, em especial aos depoimentos testemunhais e confissão. A interpretação mais adequada, portanto, é aquela que corresponda aos objetivos que as regras de admissibilidade de provas buscam alcançar e que melhor componha os valores que pretendem promover.

Para tanto, inicialmente será estabelecida a premissa de que a necessidade de respeitar o direito ao confronto é o fundamento normativo mais consistente da interpretação restritiva de inadmissibilidade. Na sequência, após argumentar que a busca da verdade é objetivo institucional da prova no processo penal, ponderar-se-á que o direito ao confronto tem justificativa epistêmica, ou seja, é instrumento voltado ao acerto dos fatos. Por fim, será demonstrado que a interpretação que defende a imperativa exclusão probatória de todo e qualquer elemento de informação repetível, além de não ter fundamento legal, carece de racionalidade epistêmica, uma vez que não é adequada e necessária ao atingimento dos fins pretendidos. Tudo isso demonstra que essa interpretação radical de inadmissibilidade de provas não é compatível com o justo processo convencional.

## 2. PREMISSAS INICIAIS

Entre as inúmeras divergências surgidas após a entrada em vigor da Lei n.º 13.964, de dezembro de 2019, merece destaque, pelo impacto no funcionamento da justiça criminal, a discussão sobre a admissibilidade e a possibilidade de valoração das provas repetíveis<sup>1</sup> produzidas fora da instrução processual.

O cerne da controvérsia diz respeito à interpretação do comando normativo do novo §3º do artigo 3º-C do Código de Processo Penal (CPP):

§3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

A partir da inclusão desse dispositivo legal, e exclusivamente com base nele, parcela da doutrina passou a entender que o legislador proibiu o encaminhamento dos autos da investigação criminal para o juiz da instrução e julgamento<sup>2</sup>. De acordo com essa visão, a impossibilidade de apensamento dos autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias, em interpretação sistemática, deve ser entendida como a própria impossibilidade de remessa dos elementos produzidos na fase investigatória (LIMA, 2020). Em outros termos, a referida proibição de apensamento é compreendida como a exclusão física das provas repetíveis produzidas fora da fase da instrução judicial.

Além de impor a proibição de encaminhamento dos autos investigativos à fase de instrução, o dispositivo legal vem sendo interpretado como verdadeira hipótese de vedação de

<sup>1</sup> Em relação à prova jurídica, Taruffo (2011) identifica duas grandes concepções: a fechada e a aberta. Por um lado, a concepção fechada, entre outras características, é marcada pela compreensão de que o fenômeno probatório se esgota nas normas jurídicas que regulam a prova. Em consequência, de acordo com essa visão mais restritiva e positivista, apenas são provas aquelas que estão previstas e reguladas por normas jurídicas específicas. Por outro lado, para a concepção aberta, prova, também em sentido jurídico, é qualquer coisa útil para a determinação dos fatos. Logo, como qualquer coisa que sirva para estabelecer um fato é uma prova, as normas probatórias não se prestam a definir e delimitar o conceito jurídico de prova. O presente trabalho filia-se à concepção aberta de prova jurídica, razão pela qual o termo “prova” será utilizado indistintamente para se referir aos elementos de convicção produzidos tanto na investigação como na fase de instrução.

<sup>2</sup> A discussão acerca da necessidade de a legislação nacional promover a separação física dos autos do inquérito policial não é nova. Por todos, ver Choukr (1995) e Lopes Jr (2006).

utilização de prova. Assim, ao juiz responsável pela tomada de decisões seria interdita a valoração dos elementos de informação da fase investigativa, ainda que somente como dados de corroboração. Logo, em releitura do art. 155 do CPP, passou-se a defender que o juiz deverá formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, com exceção das provas cautelares irrepetíveis e antecipadas (BADARÓ, 2020).

Por outro lado, a interpretação de que a mudança legislativa impõe uma regra de proibição probatória não é aceita sem questionamentos. A título exemplificativo, Suxberger (2019) entende que a nova legislação apenas prevê um comando normativo dirigido ao recém-criado juiz de garantias, impedindo-o de remeter os autos de sua competência ao juiz da instrução e julgamento. Afinal, pondera, o inquérito policial não é matéria de competência do juiz das garantias.

A ocorrência da divergência interpretativa não é de difícil explicação. É cediço que a opção legislativa por mudanças pontuais em códigos naturalmente coloca em risco a coerência e harmonia desses conjuntos normativos. No caso concreto, as modificações setoriais alcançaram aspectos substanciais do conjunto de regras processuais penais, o que gerou contradições com normas preexistentes. Somando-se a esse fato, nota-se a má técnica na redação do dispositivo legal, que foi construído de forma ambígua e pouco precisa, o que também dá margem a interpretações divergentes.

A análise do trâmite legislativo tampouco fornece auxílio hermenêutico. Tendo em conta que na tramitação dos projetos de lei que resultaram na “Lei Anticrime” não houve considerações de ordem político-criminal acerca do §3º do artigo 3º-C do CPP<sup>3</sup>, faz-se necessário recorrer às reflexões da doutrina.

A análise das justificativas doutrinárias para a exclusão de provas repetíveis, entretanto, não é tarefa simples ou destituída de riscos. De fato, não há consenso doutrinário acerca das razões que fundamentariam a proibição probatória de admissão e valoração de elementos informativos produzidos na fase investigativa. É possível, porém, apontar três grupos de argumentos que costumam ser utilizados para fundamentar a exclusão dessas provas da

---

<sup>3</sup> Suxberger (2020, p. 110), ao analisar o trâmite legislativo da “Lei Anticrime”, aponta “patente erro legístico” na criação do juiz de garantias. Sem defender a incompatibilidade material do juiz de garantias com a moldura constitucional, pondera que o instituto tramitou de maneira inopinada e sem reflexão político-criminal de seus impactos nos arranjos institucionais. Sem ter sido objeto de debate prévio, o instituto do juiz das garantias foi incluído em proposta substitutiva de autoria do deputado Lafayette de Andrada, apresentada já em Plenário da Câmara dos Deputados poucas horas antes da sua aprovação.

cognição judicial: o argumento da imparcialidade do julgador, que seria “contaminado” por essas provas; a necessidade de assegurar a imediação; e a necessidade de observar o direito ao confronto. A seguir, sem a pretensão de esgotar o tema, serão apresentadas razões para admitir que a necessidade de assegurar o direito ao confronto é o argumento mais sólido para fundamentar a restrição na utilização de provas investigativas na comprovação da questão de fato.

## 2.1 ARGUMENTOS DOUTRINÁRIOS PARA JUSTIFICAR A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA: O DIREITO AO CONFRONTO COMO JUSTIFICATIVA MAIS COERENTE

Recorrentemente apresentado como justificativa para a exclusão das provas investigativas, o argumento de que o mero contato do juiz com tais provas gera risco de “contaminação” (MELO, 2020) ou de “quadros mentais paranoicos” (RIBEIRO, SAMPAIO e FERREIRA, 2020) merece ser analisado com cautela.

Em primeiro lugar, a tese da “contaminação consciente ou inconsciente do julgador” (LOPES JR., 2006, p. 237) parece corresponder a uma concepção persuasiva da prova, que se opõe a uma visão racionalista, assentada em premissas teóricas e epistêmicas distintas<sup>4</sup>. De fato, uma vez assumido que o objetivo institucional da prova é capturar psiquicamente o juiz e que o resultado da prova depende de aspectos subjetivos e emocionais do ato de julgar (LOPES JR., 2006), o temor de possível contaminação inconsciente do julgador passa a ocupar o centro das preocupações.

Ocorre, no entanto, que a concepção persuasiva não é compatível com a necessidade de controle intersubjetivo da valoração da prova (BELTRÁN, 2007) e, consequentemente, com um modelo racional de tomada de decisões. Deveras, a mera convicção judicial de que algo se passou no mundo dos fatos frequentemente situa-se na esfera do inefável, de modo que se dificulta, quando não se inviabiliza, o dever de apresentação, pelo magistrado, do seu raciocínio probatório. Não se deve olvidar, afinal, que paralelamente ao dever de valorar racionalmente a

---

<sup>4</sup> Acerca da concepção persuasiva da prova ver Beltrán (2007) e Taruffo (2011). Para uma análise geral dos pressupostos, das características gerais e das principais obras que aderem à teoria racionalista da prova, ver Twining (2006) e Accatino (2019).

prova está a obrigação de apresentação, pelos juízes, de justificativas consistentes em matéria de fatos.

Ademais, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), ao analisar a violação à imparcialidade do julgador na perspectiva subjetiva, desenvolveu critérios para verificar se, em um caso concreto, o direito ao julgamento por um juiz imparcial foi respeitado. No Caso *Kyprianou c. Chipre*, julgado em 2005, a Corte estabeleceu que a imparcialidade do magistrado deve ser presumida até prova em contrário<sup>5</sup>. Como a violação da imparcialidade não pode ser presumida, sob pena de colocar em xeque a própria legitimidade da função jurisdicional, não se enxerga a possibilidade de demonstração, em um caso concreto, de que um julgador foi inconscientemente contaminado pelo mero “contato visual com os elementos produzidos no inquérito policial” (RITTER, 2019, p. 181).

É oportuno lembrar que o mero contato com elementos investigativos não é suficiente, de acordo com entendimento reiterado do TEDH, para comprometer a imparcialidade do julgador<sup>6</sup>. Mesmo o conhecimento profundo dos autos da investigação não implica, por si só, o comprometimento da imparcialidade subjetiva do juiz, como estabelecido pela Corte europeia no Caso *Saraiva de Carvalho c. Portugal*.

Em arremate, sem o objetivo de defender ou rejeitar as premissas da psicologia comportamental aplicadas ao universo jurídico, é importante pontuar que da análise desses estudos não se podem estabelecer conclusões definitivas sobre a incidência de vieses cognitivos na tomada de decisões no processo penal<sup>7</sup>. Com efeito, o comportamento humano é objeto de

---

<sup>5</sup> A abordagem utilizada pelo TEDH vem sendo adotada como razão de decidir pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Nesse sentido, o Caso *Duque c. Colômbia*, julgado em 2016, menciona a jurisprudência da Corte europeia para consignar que a imparcialidade pessoal de um juiz deve ser presumida, salvo prova em contrário.

<sup>6</sup> Em entendimento reiterado, o TEDH vem decidindo que a tomada de decisões na fase pré-processual e o consequente contato com elementos de investigação, por si sós, não justificam a perda da imparcialidade do julgador. É necessário analisar, no caso concreto, a natureza e a extensão da cognição para a tomada dessas decisões. Nesse sentido: Caso *Nortier vs. Países Baixos*, sentença de 24/08/1993; Caso *Sainte-Marie vs. França*, sentença de 16.12.1992; Caso *Fey vs. Áustria*, sentença de 24.02.1993. Para uma análise doutrinária do posicionamento da Corte ver Andrade (2015) e Badaró (2011).

<sup>7</sup> Um exemplo de estudo recorrentemente utilizado para justificar a quebra da imparcialidade com base no contato com a investigação é a pesquisa empírica feita por Schünemann (2013). Sem ignorar a forma criteriosa com que a pesquisa foi realizada e os seus resultados estatísticos, Vitorelli e Almeida (2020) pontuam algumas questões que justificam cautela para que não sejam extrapoladas as conclusões do trabalho. Em primeiro lugar, o modelo do experimento supõe a ausência de defesa, o que acaba incorporando a condição de que o juiz é o único responsável pela condução da instrução e desconsiderando a importância prática da intervenção dos advogados. Em segundo lugar, as imperfeições do cenário fazem com que o juiz participante tenha contato, ao mesmo tempo, com as informações produzidas no inquérito e no processo, como se elas fossem simultâneas. Dessa maneira, o

estudo muito complexo, de modo que tanto os experimentos são sensíveis à maneira de formulá-los como as análises o são em relação a critérios estatísticos. Ademais, há literatura científica no sentido de que providências simples de desviosamento (*debiasing*), decorrentes do contraditório e do sistema recursal, podem ter significativos efeitos sobre os vieses cognitivos eventualmente incidentes (VITORELLI e ALMEIDA, 2020). Logo, os estudos comportamentais até então existentes não parecem suportar, de forma suficientemente segura, a necessidade de exclusão das provas investigativas<sup>8</sup>.

Outro argumento utilizado para justificar a exclusão das provas investigativas repetíveis é alegação de vulneração ao princípio da imediação, no sentido da necessidade de assegurar contato direto do julgador com as fontes de prova.

Embora não seja expressamente prevista na Constituição Federal ou em tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, a imediação é compreendida como importante técnica de formação das provas voltada à busca da verdade. A imediação, nesse sentido, permite a interação comunicacional entre juiz, partes e provas, a fim de que o julgador possa conhecer pessoal e diretamente as alegações das partes e o acervo probatório do processo (GOMES, 2016).

Apesar da justificação epistêmica da imediação, nota-se tendência crescente no sentido da relativização desse princípio, havendo sistemas jurídicos que chegam, inclusive, a prescindir da imediação como regra (WINTER, 2020).

Não é difícil compreender essa diretriz no sentido da relativização da imediação. Como pontua Beltrán (2017), a defesa de uma versão forte e excludente da imediação é mais

---

experimento anula o viés relacionado à heurística de disponibilidade, que favorece a informação mais recente sobre a mais antiga. Em terceiro lugar, o experimento não simulou uma audiência de instrução real, apenas possibilitando que juízes elaborassem perguntas por escrito, que também eram respondidas por frases escritas. Segundo os autores, há estudos que demonstram que esse tipo de simplificação da realidade tem impacto negativo sobre a confiabilidade dos resultados. Em quarto lugar, em razão do tamanho relativamente pequeno da amostra e da premissa de que tanto a decisão de absolvição como a de condenação seriam tecnicamente corretas, não é possível saber se o inquérito é causa suficiente, mas não exclusiva, das condenações. Em quinto lugar, o estudo não trabalha com os efeitos que outras técnicas, como a participação dos advogados, poderiam ter sobre o resultado do experimento.

<sup>8</sup> Nesse sentido, são relevantes os questionamentos de Gomes (2010, p. 103) a respeito dos fundamentos de que o contato com as provas investigativas inevitavelmente contaminaria o juiz, impedindo-o de valorar racionalmente as provas: “por que seria difícil ou impossível se manter alheio aos elementos unilaterais? Supõe-se isso, ou parte-se de dados científicos a respeito? E mais, se tal suposição fosse empiricamente demonstrável, seria a figura de mais um juiz no processo de primeiro grau, o juiz das garantias, que impediria a indesejada propensão humana de se deixar influenciar apenas pelo que diz uma das partes? E ainda, se tal indesejada propensão humana é possível, ela também não poderia estar presente no juiz do mérito, sempre propenso a dar crédito apenas à acusação? [...] Mas de onde se retirou empiricamente a conclusão de que isso se passa na psique dos juízes?”

consistente com a concepção persuasiva da prova, segundo a qual o objetivo institucional da prova é obter o convencimento do juiz. De outro lado, para uma visão racionalista da prova, não é imprescindível a presença física do magistrado no momento da produção da prova para que se realize o controle do raciocínio probatório. Por isso, o autor admite ser possível a revisão da valoração feita por outro órgão jurisdicional que não teve contato imediato com a produção da prova.

Em acréscimo, é controversa a afirmação de que o depoimento apresentado oralmente em juízo, respeitando o princípio da imediação, seja mais verdadeiro do que o apresentado sem imediação (WINTER, 2020). Como observa Fenoll (2010), a valoração errônea por parte dos juristas de comportamentos apresentados por pessoas chamadas a declarar pode levar a conclusões que não correspondem à realidade<sup>9</sup>. Se, mesmo nos casos de profissionais especializados, as conclusões acerca do comportamento em audiências devem ser tomadas como cautela, com muito mais razão merece ser vista com desconfiança a percepção do juiz. Por isso, o ideal, afirma, é que os detalhes comportamentais, na falta de apoio de perito, sejam excluídos da valoração judicial.

Também é válido mencionar que o sistema processual brasileiro, ao permitir a convocação de magistrados para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução nos casos de processos que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>, admite restrições ao princípio da imediação. No mesmo sentido da restrição à exigência de imediação é a reiterada aceitação jurisprudencial da admissibilidade de provas emprestadas no processo penal, desde que observado o contraditório<sup>11</sup>.

Ilustrativo é o exemplo da posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) acerca do princípio da imediação no julgamento das questões de fato dos casos submetidos ao Tribunal. Na Resolução do Caso *San Miguel Sosa y otras c. Venezuela*, de 18 de

<sup>9</sup> Sobre a incapacidade da análise de comportamentos servir como instrumento para aferir a veracidade do testemunho, ver Wellborn (1991) e Simon-Kerr (2020).

<sup>10</sup> Art. 3º da Lei n.º 8.038/1990: Compete ao relator:

(...)

III – convocar desembargadores de Turmas Criminais dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais, bem como juízes de varas criminais da Justiça dos Estados e da Justiça Federal, pelo prazo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até o máximo de 2 (dois) anos, para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato.

<sup>11</sup> A título exemplificativo, pode-se mencionar o seguinte trecho da ementa do Agravo regimental no recurso especial de nº 1.690.449 do Superior Tribunal de Justiça: “segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior, o uso da prova emprestada é amplamente admitida no processo penal, seja obtida de processos com partes distintas seja de desmembramento do próprio feito, desde que assegurado ao réu o efetivo contraditório.”



maio de 2017, o Presidente da Corte rejeitou questão preliminar de violação do princípio da imediação em razão de um dos juízes não ter participado da audiência de instrução. Segundo a Resolução, a falta de imediação probatória direta por parte de um ou de todos os membros do Tribunal em nenhum sentido afetou ou poderia ter afetado a capacidade ou possibilidade de os juízes apreciarem o resultado das medidas de instrução, ou seja, dos elementos probatórios produzidos nessa fase. Não por outra razão, Bovino (2005), de forma crítica, referindo-se à possibilidade de a CIDH admitir provas produzidas perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, afirma que a posição do Tribunal contribui para diluir o princípio da imediação.

É razoável supor, portanto, diante da fragilidade dos argumentos relacionados à imediação e à alegada contaminação do julgador, e considerando a ausência de justificativas político-criminais no trâmite legislativo ou na exposição de motivos da “Lei Anticrime”, que o fundamento mais coerente para a proibição de valoração de provas produzidas no curso da investigação é a necessidade de respeitar o direito ao confronto.

A centralidade do direito ao confronto na temática, inclusive, é também extraída da jurisprudência do TEDH. No Caso *Famulyak c. Ucrânia*, julgado em 2019, a Corte europeia apreciou uma situação concreta de alegação de violação ao justo processo, uma vez que parcela das testemunhas de acusação deixou de ser interrogada em um novo julgamento realizado após a anulação do primeiro. No caso concreto, a corte nacional ucraniana, no segundo julgamento, admitiu e valorou as transcrições testemunhais do julgamento anulado. Embora tenha pontuado a importância epistêmica da imediação no processo penal, o TEDH entendeu que o acusado teve a oportunidade de interrogar as testemunhas no primeiro julgamento, o que representa uma garantia para compensar as desvantagens da defesa. Ademais, na visão do Tribunal de Estrasburgo, não houve uma ofensa ao princípio da imediação que tenha comprometido o devido processo legal (*fairness of proceedings*).

## 2.2 O JUSTO PROCESSO CONVENCIONAL COMO PARÂMETRO DE ANÁLISE

Definitivamente, não é sem motivos, no presente trabalho, a frequente invocação dos precedentes das cortes de direitos humanos. Em verdade, abundam razões para tanto.

Em primeiro lugar, o direito ao confronto, entendido como o direito fundamental de interrogar as testemunhas e seus corolários diretamente relacionados, não está expressamente

consagrado no sistema jurídico brasileiro<sup>12</sup>. Como observa Malan (2008), o direito ao confronto está consagrado no Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos (artigo 14.3.e) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (8.2.f), de modo que houve a sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro por força da promulgação desses dois tratados internacionais (Decretos nº. 592/92 e 678/92, respectivamente). A natureza convencional, naturalmente, acentua a importância da análise de como os órgãos supranacionais densificam esse direito nos casos concretos.

Em segundo lugar, a ideia de justo ou devido processo convencional como parâmetro de análise de um instituto jurídico é muito superior à utilização da dicotomia acusatório-inquisitorial. Sem desconsiderar a importância, notadamente histórica, dos sistemas processuais para a compreensão do fenômeno jurídico, o fato é que, do ponto de vista da utilidade, considerando sua obscuridade (DAMASKA, 1973) e falta de precisão conceitual (AROCA, 2015), a dicotomia acusatório-inquisitorial é tida como um instrumento insatisfatório para proceder à análise do processo penal moderno. A dicotomia passa ao largo de questões decisivas acerca da construção e interpretação dos institutos processuais, como: o aumento ou diminuição do risco de erros; o impacto na efetividade da jurisdição em cotejo com o grau de preservação de direitos; a compatibilidade com as obrigações internacionais, convencionais e não convencionais, do Estado perante a ordem internacional. Como sugere Barbosa Moreira (2004) em precisa reflexão sobre o tema, é preferível que nos abstenhamos de confiar em terminologia tão vacilante e equívoca como a de “processo inquisitório” ou de “processo acusatório”. Mais vale, sugere, deixar de lado os rótulos e cuidar dos conteúdos. A concretização desses direitos pelas cortes internacionais leva em consideração, exatamente, a necessidade de bem construir seu conteúdo.

---

<sup>12</sup> Figueiredo (2019), sem negar o fundamento convencional do direito ao confronto, sustenta que tal direito também pode ser extraído do sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal. Essa posição deve ser vista com ressalvas. Primeiramente, é preferível não utilizar uma categoria tão equívoca - como a do sistema acusatório - para analisar a adoção por um sistema jurídico do direito ao confronto, o que pressupõe a análise de opções político-criminais na construção do devido processo legal. Em segundo lugar, como observa Friedman (2019), o direito ao confronto foi adotado em muitos países somente a partir da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o que significa que muitos sistemas continentais acusatórios e democráticos não reconheciam esse direito. Em terceiro lugar, mesmo a Inglaterra, que dificilmente pode ser qualificado como um sistema inquisitorial, disciplina a admissibilidade de testemunhos investigativos com base nas regras de *hearsay*, e não com fundamento no direito ao confronto. Não por outro motivo, Winter (2020, p. 224) pondera que no sistema inglês “são admitidas como prova declarações testemunhais não reproduzidas em juízo, se são suficientemente confiáveis, embora não tenha sido realizado o prévio *cross-examination*. Desta forma, pode dizer-se que as exceções à regra da *hearsay* deixaram sem efeito o princípio da confrontação.”

Em terceiro lugar, na esteira de Carvalho Ramos (2016), compreende-se que o controle de convencionalidade de matriz internacional, também denominado autêntico ou definitivo, é fundamental para a solução de conflitos entre normas e interpretações locais e internacionais de direitos humanos. Tendo em conta a natureza muitas vezes programática e conflitante das normas de direitos humanos, esse controle, em geral atribuído a órgãos internacionais compostos por julgadores independentes, serve para evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, fiscais e fiscalizados, criando a indesejável figura do *judex in causa sua*.

Como muitas vezes as normas convencionais têm natureza programática, despidas de direta operatividade e dependentes de posterior normatização doméstica para sua plena eficácia, é possível falar na técnica da hermenêutica da conformidade. De acordo com ela, a jurisprudência das cortes de direitos humanos, quando não diretamente aplicável, deve ser utilizada como cânones interpretativos, impondo uma obrigação aos juízes domésticos de aplicar o direito nacional em conformidade ao direito supranacional, valorizando a interpretação que preserve o Estado dos riscos de uma responsabilização internacional (PEREIRA, 2020).

### **3. A RACIONALIDADE TELEOLÓGICA DAS REGRAS DE ADMISSIBILIDADE DE PROVAS**

Independentemente da estrutura processual e dos fins da jurisdição criminal, não se conhece um sistema jurídico-penal ao redor do mundo que seja completamente indiferente à verificação factual do evento criminoso objeto do processo. Seja do ponto de vista da necessidade social de reforçar que comportamentos desviantes devam ser desestimulados (BELTRÁN, 2016), seja na perspectiva de controlar e limitar a reação estatal ao fenômeno criminoso, a busca pela reconstrução dos fatos é a finalidade precípua do processo penal. Logo, a principal premissa na qual se assenta o presente trabalho é a de que a justiça de uma decisão judicial depende, fundamentalmente, da circunstância de serem verdadeiras as hipóteses de fato sobre as quais recairão as normas jurídicas penais. Para a correta aplicação da lei, portanto, é imprescindível a correta determinação da questão fáctica (TARUFFO, 2016).

Outra premissa refere-se a uma questão decisiva no que diz respeito à forma de compreender a função da prova no processo. Trata-se da concepção acerca da verdade e da

possibilidade de se atingir um conhecimento verdadeiro. O presente trabalho assume a teoria da verdade judicial como correspondência como uma premissa para se afirmar que as decisões judiciais devem adequar-se à verdade a fim de serem justas e corretas (TARUFFO, 2014). Em outros termos, para o processo, a realidade deve ser o critério de verdade. É necessário que exista uma relação de correspondência entre o enunciado que contém o fato a ser provado e o fato real objeto do julgamento, ou seja, os eventos ocorridos (BADARÓ, 2019).

Como decorrência da assunção da verdade como correspondência, evidencia-se a relação teleológica entre a verdade e a prova, desempenhando essa a função de obter o conhecimento da verdade sobre os fatos ocorridos, cuja descrição será transformada em premissa do raciocínio decisório (BELTRÁN, 2017). Como assumimos que o enunciado “está provado que p” deve ser entendido como “há elementos de prova suficientes a favor de p”, compreende-se que a prova de uma proposição fática tem a ver com os elementos de prova disponíveis para a corroboração da hipótese sobre os fatos por ela expressados. A função da prova é, justamente, oferecer ao tomador de decisões conhecimento fundado empírica e racionalmente acerca dos enunciados fáticos (TARUFFO, 2014).

É possível que um enunciado sobre os fatos resulte provado, mesmo que não corresponda ao que ocorreu (seja falso). Por exemplo, em uma ação de investigação de paternidade, reputa-se que o exame de DNA fornece suporte probatório suficiente para provar a paternidade. Como o método de DNA não é infalível (embora pequena a probabilidade de erros), é possível que a paternidade seja comprovada mesmo que não corresponda à realidade biológica. Por outro lado, um enunciado verdadeiro pode não contar com provas suficientes, de modo que não seja provado. Basta pensar na hipótese de o órgão acusador mover uma demanda penal contra alguém que efetivamente tenha cometido o crime, sem que consiga colher provas suficientes de sua conduta criminosa. Mesmo sendo verdadeira a imputação, ela poderá resultar não provada.

Ainda que o erro seja inevitável, o fato é que quanto mais completo for o conjunto de provas sobre o qual recairá a valoração do julgado, tendencialmente menor é o risco de incorreção quanto à questão de fato (GOLDMAN, 1999; HAACK, 2004). Por isso, considerando o princípio epistêmico de que todas as provas relevantes devem, em princípio, ser admitidas, salvo se a exclusão for essencial para a promoção de algum objetivo político-criminal relevante (TARUFFO, 2016a), pode-se defender a existência de uma força normativa *prima facie* que produz efeitos no sentido da admissibilidade da prova. Em outros termos, nos

sistemas probatórios em que às partes é assegurado um verdadeiro direito à prova<sup>13</sup>, os critérios de admissibilidade devem ser concebidos a partir de um regime de inclusão: a regra é que os meios de prova requeridos pelas partes devem ser admitidos (BADARÓ, 2015).

Se, por um lado, a busca da verdade é o objetivo central do processo penal, por outro, a justiça da decisão penal não se restringe à sua capacidade de utilizar como premissas hipóteses verdadeiras. Dito de outro modo, considerar a verdade condição necessária à garantia da justiça da decisão não significa dizer que é uma condição suficiente para atingir tal desiderato. Mesmo os defensores da visão de que a justiça da decisão depende da verdade reconhecem que o processo é, também, um lugar em que as normas são aplicadas, valores são concretizados, direitos são reconhecidos, escolhas econômicas são feitas, problemas sociais são equacionados e a autoridade estatal é manifestada (TARUFFO, 2016a).

No campo da atividade probatória, pode-se dizer que o conflito entre a busca da verdade, que tem como objetivo a maior obtenção de elementos de convicção para demonstração ou refutação das hipóteses, e os demais valores juridicamente relevantes é resolvido por meio das normas probatórias. As regras probatórias, portanto, além da dimensão epistêmica, são uma questão de moralidade política (STEIN, 2005). Tais regras disciplinam não apenas a forma como as provas devem ser produzidas, quando os fatos devem ser reputados provados ou quais provas podem ser submetidas à valoração do julgador. Mais que isso: são o reflexo das opções político-criminais acerca dos limites impostos ao Estado na atividade persecutória; indicam qual a taxa de erro admitida por um determinado sistema; e evidenciam a posição que deve ocupar a verdade como fonte de legitimidade da jurisdição penal.

Do universo das regras probatórias, destacam-se, pela sua centralidade na estruturação do sistema processual, as normas de admissibilidade de provas<sup>14</sup>. Elas funcionam, tendo em conta sua gramática, como um limite à busca da verdade em âmbito processual. Se é cediço que cada ato procedimental, apesar do efeito próprio que opera no âmbito do processo,

<sup>13</sup> Sobre o tema do direito à prova, por todos, ver Gomes Filho (1997), para quem é no pronunciamento judicial relativo à admissão das provas que se encontra o núcleo do direito à prova.

<sup>14</sup> É relevante mencionar que o presente trabalho, na esteira de Taruffo (2014) utiliza uma concepção mais ampla acerca das regras de admissibilidade de provas. Assim, consideram-se como regras de admissibilidade não apenas as normas que regulam o juízo de ingresso e exclusão de provas no processo, mas as normas que tratam da proibição de valoração, comumente conhecidas como regras de proibição de uso de provas. As regras de admissibilidade, no sentido usado, portanto, alcançam o que Estrampes (1999) denomina de inutilizabilidade como exclusão material das provas e inutilizabilidade como proibição de valoração judicial. Quando necessário, será feita menção a cada uma dessas facetas das regras de admissibilidade de provas.

serve para o direcionar a suas metas político-criminais, as normas de admissibilidade de provas, como poucas, acentuam essa relação entre o procedimento e os fins da jurisdição.

A importância das regras de admissibilidade para a promoção de alguns valores, no entanto, não justifica, por si só, sua adoção. Como todas as regras que conduzem à exclusão de provas relevantes são epistemicamente suspeitas (LAUDAN, 2006), a legitimidade do recurso a regras probatórias limitadoras está condicionada, nos dizeres de Beltrán (BELTRÁN, 2007), ao atendimento de sua racionalidade teleológica. Em outras palavras, as regras restritivas de admissibilidade somente se justificam se, simultaneamente, os valores que desejam proteger são efetivamente tutelados com a limitação probatória e se não existir outro meio menos gravoso para atingir a mesma finalidade pretendida. No mesmo sentido, Barbosa Moreira (1996) pondera que o direito à prova implica, no plano conceitual, a ampla possibilidade de usar quaisquer meios probatórios disponíveis. Disso se extrai o seguinte princípio fundamental: se a regra é a admissibilidade das provas, as exceções precisam ser cumpridamente justificadas por alguma razão relevante.

#### **4. DIREITO AO CONFRONTO COMO LIMITE À ADMISSIBILIDADE DE PROVAS**

Além da faceta positiva, que impõe o dever de conteúdo promocional no sentido da adoção de procedimento probatório condizente com seus corolários, o direito ao confronto também é considerado um direito fundamental negativo. A fruição do conteúdo desse direito depende, na perspectiva da natureza negativa, do cumprimento do dever de abstenção consistente na inadmissibilidade de elementos de prova produzidos fora do procedimento probatório que respeite esse direito (MALAN, 2008).

É nesse sentido negativo do direito ao confronto que se defende a obrigatoriedade de exclusão física do material probatório que seja produzido sem a sua observância (SAMPALHO e MELO, 2017). De igual forma, é essa aceitação do confronto que fundamenta a conclusão de que “todas as declarações anteriores das testemunhas devem ser consideradas inadmissíveis para fins de valoração judicial quando estas não comparecerem ao julgamento” (FIGUEIREDO, 2019, p. 162).

A análise da racionalidade teleológica da dimensão negativa do direito ao confronto pressupõe a resposta a uma questão prévia: qual a razão de ser dessa consequência probatória restritiva? Dito de outro modo, para que se possa analisar a legitimidade da inadmissibilidade das provas não submetidas ao confronto, deve-se, antes, definir qual o valor que o direito ao confronto busca promover.

É possível agrupar, para facilitar a compreensão, os argumentos relacionados às justificativas do direito ao confronto em dois conjuntos<sup>15</sup>: no primeiro grupo estão os argumentos que têm finalidade epistêmica, ou seja, servem ao objetivo de facilitar o acerto dos fatos; no segundo estão razões estranhas à busca processual da verdade, motivo pelo qual serão denominadas doravante de justificativas não epistêmicas.

Começamos com o conjunto de argumentos que fazem parte segundo grupo, os argumentos não epistêmicos. Vale mencionar que, em regra, os defensores de fundamentos não epistêmicos para o direito ao confronto não costumam negar a importância desse direito na correta determinação dos fatos. Ao revés, frequentemente argumenta-se que os fundamentos não epistêmicos somam-se às razões relacionadas com a busca da verdade.

Costuma-se dizer que o direito ao confronto possui uma dimensão garantidora, ao evitar práticas inquisitivas (MALAN, 2008; FIGUEIREDO, 2019) e assegurar que o Estado trate o acusado como sujeito, e não como objeto do processo (GUIRAO, 2013). Também pode ser mencionada a linha argumentativa que reputa ser o confronto face a face um dever ético essencial para qualificar o processo penal como justo (O'BRIAN, 2005). No mesmo sentido, entende-se que o direito ao confronto impõe um limite moral aos órgãos acusadores, de forma que o encontro face a face também representa um compromisso político de repatrição de responsabilidades sobre o resultado dos processos criminais (SCALLEN, 1991).

Apesar da coerência argumentativa de tais posições, elas não parecem justificar de forma suficiente a faceta negativa do direito ao confronto, isto é, não fornecem um fundamento forte o suficiente para restringir a busca da verdade no processo.

---

<sup>15</sup> Damaška (1973) divide as regras sobre a admissibilidade das provas em dois grupos. De um lado, encontram-se as normas que impedem a admissibilidade da prova no interesse da acurácia na busca pela verdade. Ou seja, são regras de conteúdo epistemológico que se fundamentam na necessidade de evitar prejuízos à atividade de reconstrução dos fatos. De outro lado, estão as regras de admissibilidade estruturadas por razões estranhas à busca da verdade, que não dependem, para sua concretização, da avaliação acerca da integridade e da capacidade de persuasão da prova. É o caso das evidências confiáveis obtidas por meios ilegais, cuja inadmissibilidade pretende promover interesses que não dizem respeito ao acerto do caso penal. Na doutrina brasileira, em sentido convergente, as regras que limitam a admissibilidade da prova podem ter fundamentos extra-processuais (políticos) ou processuais (lógicos e epistemológicos) (GOMES FILHO, 1997).

Inicialmente, como pontua Rovatti (2020), é muito difícil defender fundamentos morais autônomos para direitos processuais e probatórios, a exemplo do direito de inquirir as testemunhas no momento da produção da prova. Há, também, outro problema. Ainda que se admita a existência de direitos processuais autojustificáveis, ou seja, não relacionados à busca da verdade ou à promoção de outro valor, disso não decorre a conclusão de que eles fundamentariam, do ponto de vista da racionalidade teleológica, a exclusão das provas produzidas sem a sua observância. Afinal, como cediço, as regras que limitam a admissibilidade de prova buscam facilitar a determinação dos fatos ou proteger valores extrínsecos ao processo, e não direitos processuais que são um fim em si mesmo.

Outros dois motivos recomendam a rejeição dos argumentos não epistêmicos. O primeiro deles é que a frequente utilização de categorias dicotômicas – como acusatório-inquisitorial ou sujeito-objeto – pouco contribui para analisar a razão de ser da exclusão das provas investigativas. De fato, para além do efeito meramente retórico ou de apoio argumentativo em situações de flagrante ilegalidade, essas categorias em nada ajudam a solucionar as questões verdadeiramente difíceis, especialmente as que envolvem conflitos de valores juridicamente relevantes. Por exemplo, pode-se dizer que restringir direito ao confronto para proteger a incolumidade psicológica de uma criança vítima de um crime sexual é o mesmo que adotar práticas inquisitivas? Evitar o confronto face a face para proteger a vida de uma testemunha ameaçada é tratar o réu como objeto? A resposta negativa se impõe a essas duas perguntas. Em segundo lugar, tanto a jurisprudência da CIDH sugere<sup>16</sup> com a jurisprudência do TEDH definiu que o direito ao confronto tem um fundamento epistêmico<sup>17</sup>, o que fortalece o argumento de que essa é a razão de ser do direito ao confronto.

A visão instrumental epistêmica do direito ao confronto conta, também, com grande apoio doutrinário. Rovatti (2020) observa que o direito de interrogar as testemunhas permite ao acusado controlar a confiabilidade da informação que elas introduzem, como também levantar

---

<sup>16</sup> Embora a CIDH não tenha enfrentado muitos casos de alegação de violação do direito ao confronto em razão do uso de provas investigativas, há algumas decisões que demonstram ter esse direito um fundamento epistêmico. A título de exemplo, no Caso *Pollo Rivera y otros c. Perú* (§ 205), julgado em 2016, a Corte considerou que a reserva de identidade da testemunha impediu a defesa de realizar perguntas relacionadas com possível inimizade, preconceito ou confiabilidade da pessoa do declarante, bem como outras que permitisse verificar se a declaração era falsa ou verdadeira. Também no Caso *Castillo Petruzzi y otros c. Perú*, a Corte entendeu que houve vulneração à Convenção, uma vez que se proibiu a defesa de interrogar testemunhas e de fazer comparecer pessoas que pudessem esclarecer os fatos.

<sup>17</sup> No importante precedente do Caso *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*, julgado em 2011, o TEDH deixou consignado que o principal fundamento para se admitir ou rejeitar a prova da investigação é a sua confiabilidade.



dúvidas sobre a sua credibilidade. Assim, o direito ao confronto é um instrumento cujo emprego pode contribuir para evitar o cometimento de erros pelos tomadores de decisão. Também nesse sentido, Winter (2020) observa que o contrainterrogatório das testemunhas e peritos é crucial para que o tomador de decisões possa valorar a confiabilidade e a credibilidade dessas fontes de prova. Segundo ela, embora o direito ao confronto nos países europeus continentais não possa ser concebido por si só como um direito fundamental, diferentemente do que ocorre no processo norte-americano<sup>18</sup>, é essencial para assegurar uma mais correta valoração da prova por parte do julgador. Merece menção, por fim, Taruffo (2016a), para quem as regras de exclusão de testemunhos não submetidos à *cross-examination* têm significado epistêmico. Segundo o autor italiano, tais regras visam a assegurar o controle da credibilidade da testemunha feito pela contraparte, já que a realização do contraditório permite que se submeta à verificação a confiabilidade das informações oferecidas pelas provas.

Apresentadas as premissas fundamentais para a análise da racionalidade teleológica da interpretação de que o §3º do artigo 3º-C CPP é uma regra rígida de inadmissibilidade de provas, é possível dar o próximo passo. Ele consiste em averiguar se a busca do correto acerto dos fatos é promovida com essa regra restritiva de inadmissibilidade e se não existe outro meio menos gravoso para se atingir a mesma finalidade. Com base nesse teste, poder-se-á analisar se essa interpretação é compatível com as exigências do devido processo convencional.

---

<sup>18</sup> Embora a Suprema Corte norte-americana adotasse a perspectiva da confiabilidade da prova como fundamento do direito ao confronto, como se verifica no Caso *Ohio c. Roberts*, julgado em 1980, essa orientação mudou com a decisão do Caso *Crawford c. Washington*, julgado em 2004. Como observa Redmayne (2010), a Corte, em uma interpretação originalista, revigorou a cláusula do direito ao confronto no Caso *Crawford c. Washington*, superando a abordagem anterior no sentido de que as indicações de confiabilidade do testemunho eram suficientes para sua admissibilidade. Isso não significa que o confronto não esteja fundamentado, também, na confiabilidade; quer dizer que a confiabilidade, por si só, não é suficiente para justificar a admissibilidade de um testemunho não confrontado. Essa interpretação da Suprema Corte norte-americana não é condizente com a interpretação do TEDH ou tampouco é usualmente utilizada nos países de tradição anglo-saxã, como pode ser visto no capítulo comparativo da decisão do Caso *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido* (§§ 63-87). Por isso, entendemos que essa interpretação do direito ao confronto não é um parâmetro comparativo seguro para o sistema processual brasileiro.

## 5. O DEVIDO PROCESSO CONVENCIONAL E A INADMISSIBILIDADE DE PROVAS INVESTIGATIVAS

Para se reputar compatível com a cláusula do devido processo convencional, uma regra rígida de inadmissibilidade de provas no processo penal, tendo em vista a centralidade do objetivo de buscar a verdade, deve ser devidamente justificada. A justificativa pressupõe a reflexão sobre dois aspectos fundamentais: deve ser demonstrada a opção político-criminal feita pela inadmissibilidade das provas; a regra de inadmissibilidade deve passar pelo teste de coerência teleológica.

### 5.1 OPÇÕES POLÍTICO-CRIMINAIS: O TRATAMENTO LEGISLATIVO NO SISTEMA BRASILEIRO

No campo da linguagem legislativa, as normas que dizem respeito à admissibilidade de provas são reguladas pelo seguinte princípio: toda prova relevante deve ser admitida, salvo se uma norma jurídica específica prever a exclusão ou subordinar sua admissão a pressupostos ou condições específicas (TARUFFO, 2011).

Embora não se desconheça a existência, em casos pontuais e especialmente graves, de proibições probatórias não expressas em lei (AMBOS e LIMA, 2009), a análise da experiência comparada fornece apoio à regra da necessidade de norma específica para relativizar a admissibilidade de provas. Em regra, as normas de inadmissibilidade de provas adotadas pelos sistemas estrangeiros são expressas e inequívocas<sup>19</sup>.

A análise do sistema processual penal brasileiro não permite afirmar que o legislador optou por uma regra de inadmissibilidade das provas investigativas repetíveis, sejam normas de exclusão das provas, sejam normas de proibição de valoração. Ao revés, normas expressas permitem tanto que tais provas sejam introduzidas no momento de conformação do conjunto probatório como que sejam valoradas pelo órgão julgador.

---

<sup>19</sup> Para uma análise comparativa de regras de admissibilidade de provas investigativas ver Jackson e Summers (2012), Scarance Fernandes (2011) e Cunha (2020).

Como exemplo das primeiras – as normas permissivas de inclusão –, é possível citar o art. 12 do CPP, que dispõe que o inquérito policial acompanhará a denúncia quando servir de base a ela, e o parágrafo único do art. 10-D da Lei n.º 12.850/2013<sup>20</sup>, modificado pela “Lei Anticrime”. Quanto a esse último dispositivo legal, é oportuno mencionar que foi introduzido no sistema processual pela mesma Lei que incorporou o artigo cuja interpretação se analisa. Ele dispõe que os atos eletrônicos praticados no curso da infiltração virtual, uma medida de obtenção de provas irrepetíveis, serão apensados ao processo principal juntamente com o inquérito policial. Nota-se, por conseguinte, que a regra de que o inquérito policial segue o acompanha o processo foi reafirmada por decisão legislativa.

Em relação a eventuais regras de proibição de valoração, o art. 155 do CPP permite expressamente que o órgão jurisdicional fundamente sua decisão nos elementos colhidos na investigação, desde que não o faça exclusivamente<sup>21</sup>.

Mesmo recorrendo a uma interpretação sistemática, não é possível afirmar que o ordenamento autorize considerar que o §3º do artigo 3º-C do CPP seja uma regra rígida de inadmissibilidade de provas.

Em primeiro lugar, permitir que as provas investigativas repetíveis acompanhem a denúncia atende a algumas finalidades processuais importantes. Assegura, por exemplo: que as testemunhas possam consultar, para ajudar a recobrar a memória, os depoimentos anteriormente prestados; que aos juízes seja possibilitado o cotejo do conteúdo do depoimento anterior com o que é prestado na instrução, a fim de verificar contradições e dar o valor probatório devido; que sejam valorados os testemunhos e declarações nas hipóteses de ausência da pessoa em juízo.

---

<sup>20</sup> Lei “Art. 10-D. Concluída a investigação, todos os atos eletrônicos praticados durante a operação deverão ser registrados, gravados, armazenados e encaminhados ao juiz e ao Ministério Público, juntamente com relatório circunstanciado.

Parágrafo único. Os atos eletrônicos registrados citados no caput deste artigo serão reunidos em autos apartados e apensados ao processo criminal juntamente com o inquérito policial, assegurando-se a preservação da identidade do agente policial infiltrado e a intimidade dos envolvidos.”

<sup>21</sup> No trâmite legislativo do Projeto de Lei n.º 4205/2001, o Senado Federal aprovou emenda para que fosse retirado o advérbio “exclusivamente” do texto do art. 155, sob a justificativa de que as informações colhidas no inquérito não são produzidas com observância do contraditório. Essa emenda foi rejeitada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara, nos termos do Parecer apresentado pelo Deputado Flávio Dino e aprovado por unanimidade. Diz um trecho do parecer: “Parece-me, então, razoável o texto aprovado pela Câmara. Este, ao impedir que o juiz fundamente sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, tanto resguarda o princípio da motivação, insculpido no inciso IX do artigo 93 da Constituição, como também preserva o contraditório, uma vez que a fundamentação do juiz deverá ser formulada também com base em outros elementos. Tais elementos jamais poderão ser exclusivamente os colhidos quando do inquérito, consoante consagra a atual orientação jurisprudencial dominante. O que não é razoável é simplesmente dizer-se que o contido no inquérito policial de nada vale para a formação da convicção do julgador.”

Em segundo lugar, do sistema processual brasileiro não se pode extrair uma regra geral de exclusão de provas fundamentada em seu baixo valor epistêmico<sup>22</sup>. Pelo contrário, em nome do correto acerto da questão fática, especialmente quando não for possível de outro modo produzir a prova dos fatos, as normas processuais permitem que o julgador admita e valore provas que, em geral, possuem baixo valor probatório. É o caso das testemunhas menores de 14 anos (art. 208 do CPP) e das testemunhas que podem se recusar a depor em razão de parentesco com o acusado (art. 206 do CPP). No mesmo sentido é a possibilidade de prestação de depoimentos por escrito em razão do cargo ocupado por algumas pessoas, como o Presidente da República, depoimentos esses que podem possuir um menor valor epistêmico em razão da restrição do direito ao confronto.

Como se vê, o sistema brasileiro, nesse particular, segue a advertência de Barbosa Moreira (1996) no sentido de evitar fórmulas apriorísticas e de seguir soluções mais matizadas. Como descartar *a priori* uma prova pelo seu baixo valor epistêmico somente faz sentido em um sistema de prova legal, mas não no contexto de livre apreciação, em que não existem exclusões apriorísticas de exclusão probatória (FENOLL, 2010), o legislador optou pela admissibilidade e valoração dessas provas.

Assim, diferente do que ocorre em outros sistemas, no ordenamento brasileiro não são encontradas normas expressas de exclusão e de proibição de valoração de provas investigativas repetíveis. Uma norma contraepistêmica, que possui impactos tão significativos em relação à busca da verdade, não pode ser extraída de um dispositivo que trata de remessa de autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias, sobretudo quando a diretriz sistêmica caminha em outro sentido. Logo, do ponto de vista das escolhas legislativas, não se pode sustentar uma interpretação rígida de inadmissibilidade de provas investigativas.

---

<sup>22</sup> De acordo com Vieira (2017, p. 129), o processo penal brasileiro não impede a admissibilidade de prova com base em fundamentos epistêmicos. De acordo com sua visão, “no ordenamento processual brasileiro não se verificam limites jurídicos ao direito à admissão probatória de finalidade epistemológica. De fato, em que pese a mais respeitável doutrina indique certos dispositivos do Código de Processo Penal como exemplos de restrições dessa espécie, nenhum deles verdadeiramente impõe um óbice ao ingresso de provas no processo.”

## 5.2 A NECESSÁRIA COERÊNCIA EPISTÊMICA: O TESTE DE RACIONALIDADE TELEOLÓGICA

Tendo em vista que o exercício do direito ao confronto busca facilitar a obtenção da verdade, evitando erros no julgamento dos fatos, uma regra restritiva de inadmissibilidade de provas que o tenha como fundamento deve, simultaneamente, facilitar a busca da verdade e ser o meio menos gravoso para atingir essa finalidade. No caso concreto, submeter ao teste da racionalidade teleológica a interpretação de que o §3º do artigo 3º-C do CPP é uma regra rígida de inadmissibilidade de provas investigativas pressupõe responder a dois questionamentos. O primeiro é se a exclusão e a proibição de utilização de provas investigativas repetíveis contribuem para o acerto dos fatos. O segundo é se não há outro meio menos gravoso que a inadmissibilidade para se atingir essa mesma finalidade.

Para enfrentar essas duas questões é necessário examinar uma questão preliminar: a submissão ao confronto é a única forma de garantir a confiabilidade da prova investigativa repetível?

A resposta à questão preliminar deve ser negativa. Com efeito, não se coloca em xeque o valor heurístico do confronto e a importância da estrutura dialética no momento de produção da prova oral. Como decorrência da ideia de que se deve dar preferência à melhor prova, isto é, às provas mais seguras e confiáveis, o que é enunciado como o *best evidence principle*<sup>23</sup>, é forçosa a conclusão de que as provas orais submetidas ao confronto são preferíveis. Isso não significa, entretanto, que a ausência do confronto retira automaticamente a confiabilidade da prova. Não quer dizer, muito menos, que a não submissão ao confronto seja um argumento forte o suficiente para, por si só, fundamentar uma regra tão restritiva.

A título de exemplo, sabe-se que o direito de examinar testemunhas no curso da instrução é um poder, e não um ônus processual. Logo, não faz nenhum sentido sustentar que a voluntária opção do acusado por não confrontar a testemunha na fase do debate leve à conclusão automática de que seu depoimento não é confiável (ROVATTI, 2020). Se o confronto fosse imprescindível para a correta valoração da prova pelo julgador, o testemunho não confrontado em juízo deveria ser descartado, o que representaria uma solução inaceitável.

<sup>23</sup> Sobre a relação entre o princípio da *best evidence rule* e as regras de inadmissibilidade de testemunhos não confrontados (*hearsay rule*), ver Seigel (1992) e Nance (1995).

Ademais, apesar da reconhecida importância epistêmica do confronto, os recentes estudos da psicologia do testemunho têm levantado questões relevantes acerca de sua centralidade para a descoberta da verdade. Nesse sentido, como as pesquisas científicas há mais de um século têm demonstrado que a memória pode se deteriorar com o decorrer do tempo, especialistas colocam em disputa a qualidade do contraditório judicial quando a memória foi distorcida pelo decurso de tempo (CECCONELLO, AVILA e STEIN, 2018). E não é só. Especificamente no caso de declarações de vítimas menores de crimes sexuais, o exercício do confronto, longe de contribuir para a descoberta da verdade, pode dificultá-lo. Isso porque a realização direta de perguntas pode provocar na criança recordações falsas, apresentadas na forma de respostas que busquem satisfazer o adulto entrevistador (MAZZONI, 2010).

Insista-se. Não se quer desconsiderar a importância epistêmica do confronto. Busca-se, antes disso, questionar a premissa de que ele é imprescindível para assegurar a confiabilidade da prova. Em outros termos, a ausência de confronto não pode conduzir automaticamente à conclusão de que a prova não é confiável.

Respondida essa questão preliminar, é possível passar aos questionamentos do teste de racionalidade da interpretação restritiva.

A defesa de uma interpretação restritiva de inadmissibilidade exige assumir que não há outra forma de garantir a confiabilidade da prova investigativa, a não ser submetendo-a ao confronto. Não é possível concordar com essa premissa, uma vez que há diversos mecanismos que podem ser utilizados para evitar os riscos de erros decorrentes da valoração de uma prova investigativa não confrontada.

Em primeiro lugar, como observa Beltrán (2007), o contraditório não se restringe à dimensão da participação na formação da prova. Há ainda outras três dimensões epistêmicas desse princípio: permitir o controle sobre a correta aplicação das regras epistemológicas e jurídicas acerca da admissibilidade da prova; possibilitar a proposição de provas contrárias às oferecidas pela parte oponente; e possibilitar a propositura de provas de segunda ordem, ou seja, provas que têm a finalidade de impugnar a confiabilidade das provas oferecidas. Acrescente-se a esses três tipos de controle o direito fundamental à valoração racional da prova, que impõe o dever de o órgão jurisdicional realizar um exame adequado das provas

apresentados pelas partes e expor, de forma clara e adequada, as razões que o levaram a tomar a decisão<sup>24</sup>.

Desse modo, restringir o direito ao confronto não deve ser tomado como sinônimo de impossibilitar o exercício do contraditório. Especificamente nas hipóteses de provas que, no caso concreto, mostrem-se pouco confiáveis, o direito assegurado de a parte processual interessada impugnar a admissibilidade e, conseqüentemente, a valoração da prova, funciona como um importante mecanismo de controle epistêmico.

Outros mecanismos alternativos para garantir a confiabilidade da prova investigativa repetível são mencionados tanto pela doutrina como pelas cortes supranacionais de direitos humanos<sup>25</sup>. Em relação a essas últimas, podem ser indicadas como medidas compensatórias<sup>26</sup>, entre outras: a atribuição de menor valor probatório das provas não submetidas ao confronto<sup>27</sup>; a existência de gravações de vídeo das declarações das testemunhas na investigação; a exigência de elementos de corroboração, a exemplo de provas periciais e relatórios; a possibilidade de o acusado, por meio de seu advogado, ter feito perguntas no momento da produção da prova investigativa; a possibilidade de o acusado levantar dúvidas sobre a credibilidade da pessoa que prestou o testemunho. Do ponto de vista doutrinário, são apontadas como medidas compensatórias ao déficit no confronto o registro eletrônico de declarações de vítimas e testemunhas (PISA, 2006) e a adoção de cautelas específicas na valoração dessas provas (FENOLL, 2010).

A conclusão de que há meios alternativos ao exercício confronto para atingir a finalidade pretendida de assegurar a confiabilidade das provas permite, então, o enfrentamento do cerne da questão acerca da racionalidade epistêmica da interpretação objeto de estudo. Essa exegese rígida no sentido da ampla inadmissibilidade das provas investigativas contribui para a promoção do objetivo de descobrir a verdade?

<sup>24</sup> No âmbito da CIDH, o dever de valoração racional das provas foi reconhecido no Caso *Zegarra Marín c. Peru*, julgado em 2017.

<sup>25</sup> Quanto à jurisprudência do TEDH, ver o Caso *Schatschaschwili c. Alemanha*, julgado em 2015, que faz um apanhado das medidas de contrabalanceamento aceitas pela Corte. Em relação à CIDH, ver o Caso *Pollo Rivera y otros c. Peru*, que tratou de medidas de compensação decorrentes das restrições ao confronto em virtude do uso de testemunhas anônimas.

<sup>26</sup> Consoante a jurisprudência dos tribunais de direitos humanos, tais medidas devem ser analisadas de acordo com o caso concreto, de modo que não servem para compensar, de forma automática, a ausência de confronto.

<sup>27</sup> Como lembra Rovatti (2020), mesmo a regra da *sole or decisive rule*, inclusive em sua versão mais rígida, diz somente que uma condenação não pode ser fundamentada só ou exclusivamente em uma declaração anterior não confrontada. Essa regra não diz que a declaração prévia deva ser excluída ou que sua valoração deva ser proibida.

Inicialmente, não é possível, tampouco coerente, supor que o julgador decidirá melhor com menos provas relevantes à sua disposição. Como não é possível, abstratamente, reputar não confiáveis as provas produzidas sem a observância do direito ao confronto, forçosa é a conclusão de que essa interpretação restringe de forma ilegítima o direito fundamental à prova.

Ainda que o valor epistêmico das provas investigativas repetíveis seja menor — o que nem sempre ocorre, como visto —, as medidas de compensação podem ser chamadas para cumprir a finalidade de contrabalançar a ausência de confronto.

Portanto, não faz sentido epistêmico (LAUDAN, 2006) ou tampouco é epistemologicamente produtora a interpretação radical que propugna a exclusão de todas as provas relevantes repetíveis com base em uma presunção *juris et de jure* de que não são confiáveis. É o mesmo que assumir que o legislador, devendo escolher entre o risco de um erro de valoração e a segura eventualidade de uma decisão sobre os fatos incompleta em seu fundamento probatório, opta pela segunda solução (TARUFFO, 2016a). Não há como discordar da conclusão de que essa interpretação atenta contra a própria finalidade em razão da qual o confronto foi estabelecido, aumentando o risco de decisões erradas. Sacrificar-se-ia a verdade em nome da busca verdade, o que é um contrassenso não apenas jurídico; antes disso, é uma contradição lógica.

### 5.3 VIOLAÇÃO AO JUSTO PROCESSO CONVENCIONAL

Apesar de o direito ao confronto ter assento convencional, uma interpretação radical e estrita, que sustente a rígida inadmissibilidade dos elementos investigativos repetíveis, deixa de levar em conta suficientemente os interesses da persecução penal (WINTER, 2020). De um lado, com as restrições ao uso de provas investigativas busca-se articular um remédio que evite uma condenação sem observância e respeito de garantias constitucionais. Por outro, a admissibilidade desses mesmos elementos, em situações particulares, também contribui para evitar a indesejável impunidade (DEU, 2014).

É nesse sentido, buscando o equilíbrio entre garantias e efetividade da jurisdição, que a CIDH e o TEDH interpretam o direito ao confronto. É compreensível que assim o façam, uma vez que fórmulas apriorísticas e rígidas não conseguem dar conta da complexidade dos



fenômenos que envolvem a necessidade de punição dentro dos marcos de um modelo democrático de processo penal.

Por não ser absoluto o direito de confrontar testemunhas, uma regra rígida e absoluta de inadmissibilidade de provas investigativas seria considerada extrema e inadequada (JACKSON e SUMMERS, 2012). Além disso, essa interpretação seria absolutamente insuficiente para lidar com situações problemáticas que envolvem o conflito de valores igualmente protegidos e relevantes, comumente enfrentadas pelas cortes supranacionais de direitos humanos.

É no sentido da proteção de interesses relevantes que a CIDH admitiu a restrição ao direito ao confronto em determinadas situações. Uma delas foi o Caso *V.R.P, V.P.C. e outros c. Nicarágua*, julgado em 2018, no qual a Corte entendeu que as vítimas de crimes não podem ser diretamente interrogadas pelo órgão julgador ou pelas partes, devendo ser ouvidas por profissional especializado ou psicólogo<sup>28</sup>. Também admitindo que o direito ao confronto pode sofrer restrições, no Caso *Norín Catrimán e outros (dirigentes, membros e ativista do povo indígena Mapuche) c. Chile*, a Corte fez considerações sobre a possibilidade de utilização de testemunhas sem rosto no processo penal. Nesse julgado, o Tribunal entendeu, citando o Caso *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*, que o dever de proteger os direitos à vida, à integridade, à liberdade e à segurança de pessoas chamadas a prestar declarações no processo pode justificar a relativização do direito ao confronto por meio do uso de testemunhas cuja identidade o réu desconhece. Para tanto, são necessárias medidas de contrapeso, entre as quais a atribuição de menor valor probatório ao depoimento dessas testemunhas.

De fato, assiste razão a Tonini (2002) quando sustenta, acerca do tema, que uma interpretação absoluta e sem exceções do direito ao confronto prejudicaria o alcance de suas próprias finalidades, uma vez que o accertamento dos fatos possui uma indiscutível relevância constitucional, de modo que não pode ser abandonada para privilegiar uma posição radical do direito de confrontar-se com o legislador.

Logo, a interpretação rígida e radical de exclusão e proibição de utilização de provas investigativas não seria compatível com o direito das vítimas e da sociedade à verdade, bem como com o correspondente dever de o Estado adotar providências para a alcançar. Ademais,

---

<sup>28</sup> No Caso *Przydział v. Polónia*, de 2016, o TEDH entendeu correto o uso de declarações investigativas de uma vítima menor de um crime de violência sexual que não compareceu na fase dos debates. Nesse caso, havia relatórios médicos que desaconselhavam o comparecimento da menor, considerando os riscos para a sua saúde psicológica e equilíbrio emocional. Logo, a Corte considerou que havia boas razões para a ausência da vítima em juízo.

por não guardar racionalidade teleológica, essa interpretação também viola o direito fundamental à prova, impedindo ilegitimamente a prova de fatos relevantes para a satisfação da pretensão das partes. Por fim, e não menos problemático, a construção de uma norma radical de inadmissibilidade deixaria desguarnecidas vítimas e testemunhas especialmente vulneráveis, violando o dever estatal convencional de proteção a essas pessoas e impedindo que seus esclarecimentos possam contribuir com a busca da verdade.

Essa interpretação, por tudo o que foi dito, não pode ser reputada compatível com o devido processo tal como é compreendido pelas cortes de direitos humanos. Isso não significa, no entanto, que se defenda uma visão oposta, que admita sem restrições as provas investigativas repetíveis. O ideal é construir um sistema que, ao mesmo tempo, crie incentivos para a submissão das provas ao confronto e reconheça que, em situações particulares, esse direito, tal como todos os demais, deve ceder espaço para outros interesses igualmente importantes.

## 6. CONCLUSÃO

O processo penal, como poucos espaços, é palco onde a tensão entre efetividade da jurisdição e a necessidade de garantir direitos individuais manifesta-se com destacado vigor. A problemática da admissibilidade e da valoração dos elementos probatórios investigativos repetíveis é um dos temas no qual essa tensão demanda urgente solução.

A escolha pela proibição absoluta de admissibilidade e de valoração de tais elementos probatórios, como demonstrado, é uma opção por desconsiderar de forma significativa os reclamos por efetividade da jurisdição penal. Isso porque uma interpretação radical do §3º do artigo 3º-C do CPP, que tenha por corolário uma regra excessivamente restritiva de exclusão e proibição de utilização de provas investigativas, não se justifica do ponto de vista epistêmico. Além de restringir o direito de produzir provas, aumentando o risco de erros no processo, uma regra rígida de exclusão não é necessária, ou seja, poderia ser substituída por mecanismos igualmente idôneos e menos impactantes, tudo isso com o objetivo de alcançar a finalidade probatória pretendida sem abandonar a preocupação com os direitos fundamentais individuais.

Ademais, do ponto de vista material, essa interpretação desconsidera situações particulares de testemunhas e vítimas especialmente vulneráveis, nas quais a restrição ao

confronto justifica-se em nome de outros valores igualmente protegidos pelo sistema de justiça criminal.

Por não observar a racionalidade epistêmica, dificultando a busca da verdade, e por desconsiderar deveres estatais de proteção, essa interpretação radical não é compatível com a ideia de justo processo convencional, que deve orientar a operacionalização do processo penal nacional. As cortes de direitos humanos, sem desconsiderar a importância do direito ao confronto, rejeitam uma visão extremada desse poder processual, aceitando que, com a observância de cautelas, as provas investigativas sejam admitidas e devidamente valoradas.

Não se trata de escolher entre a efetividade e o respeito aos direitos individuais. Antes disso, trata-se de buscar harmonizá-los. A posição das cortes de direitos humanos demonstra como o equilíbrio entre efetividade e garantia é custoso, mas não impossível de se obter.

## 7. REFERÊNCIAS

ACCATINO, D. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? **Revus. Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava**, v. 39, 2019. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/revus/5559>>. Acesso em: 03 dez 2020.

AMBOS, K.; LIMA, M. P. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perantes as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 - Leis 11.689, 11.690 e 11.719. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. 81-125 p.

ANDRADE, M. F. **Juiz das garantias**. Curitiba: Juruá, 2015.

AROCA, J. M. El principio acusatorio entendido como eslogan político. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 66-87, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>>. Acesso em: 27 jul 2018.

BADARÓ, G. H. Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, G. **Processo Penal, Constituição e Críticas—Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 343-360.

\_\_\_\_\_. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: KHALED JR, S. H. **Sistema penal punitivo**: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 289-319.

\_\_\_\_\_. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

\_\_\_\_\_. Juiz das Garantias. In: FILHO, A. M. G.; TORON, A. Z.; BADARÓ, G. H. **Código de processo penal comentado [livro eletrônico]**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BELTRÁN, J. F. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

\_\_\_\_\_. **Motivación y racionalidade de la prueba**. Lima: Grijley, 2016.

\_\_\_\_\_. El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. **Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, v. 33, p. 107, 2017. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/revus/4016>>. Acesso em: 30 nov 2020.

BOVINO, A. A atividade probatória perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **SUR–Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, n. 3, 2005. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452005000200005&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452005000200005&script=sci_arttext)>. Acesso em: 01 dez 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4.205. 2001**. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=275B66F79FCB9F495D9304D299B9256D.proposicoesWebExterno1?codteor=544688&filename=Tramitacao-PL+4205/2001](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=275B66F79FCB9F495D9304D299B9256D.proposicoesWebExterno1?codteor=544688&filename=Tramitacao-PL+4205/2001)> Acesso em: 30 nov 2020.

CECCONELLO, W. W.; AVILA, G. N. D.; STEIN, L. M. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018.

CHOUKR, F. H. **Garantias Constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CUNHA, V. S. A lei 'Anticrime' e a admissibilidade dos elementos investigativos na fase de instrução: reflexões com base na experiência estrangeira. In: TAVARES, J. P. L. **Lei 13.964/2019 na visão de Procuradores da República**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 163-187.

DAMASKA, M. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study. **University of Pennsylvania Law Review**, p. 506, 1973. Disponível em: <[https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol121/iss3/10/](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol121/iss3/10/)>. Acesso em: 27 jul 2018.

DEU, T. A. **A prova ilícita: um estudo comparado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ESTRAMPES, M. M. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999.

EU. European Court of Human Rights. **Case of Al-Khawaja y Tahery v. The United Kingdom**. 2011. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108072>> Acesso em: 25 set 2019.

\_\_\_\_\_. **Case of Famulyak v. Ukraine**. 2011. Disponível em: < [HYPERLINK "http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57808"](http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57808) <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57808> > Acesso em: 02 mar 2021.

\_\_\_\_\_. **Case of Fey v. Austria**. 1993. Disponível em: < [HYPERLINK "http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57808"](http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57808) <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57808> > Acesso em: 02 mar 2021.

\_\_\_\_\_. **Case of Kyprianou v. Cyprus.** 2005. Disponível em: <  
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71671> > Acesso em: 02 mar 2021.

\_\_\_\_\_. **Case of Nortier v. The Netherlands.** 1993. Disponível em: <  
<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57835> > Acesso em: 02 mar 2021.

\_\_\_\_\_. **Case of Przydział v. Poland.** 2016. Disponível em: <  
<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-163102>> Acesso em: 02 mar 2021.

\_\_\_\_\_. **Case of Sainte-Marie v. France.** 1992. Disponível em: <  
<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-163102>> Acesso em: 02 mar 2021.

\_\_\_\_\_. **Case of Saraiva de Carvalho v. Portugal.** 1994. Disponível em: <  
HYPERLINK "<http://echr.ketse.com/doc/15651.89-en-19940422/view/>"  
<http://echr.ketse.com/doc/15651.89-en-19940422/view/> > Acesso em: 02 mar 2021.

FENOLL, J. N. **La valoración de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2010.

FERNANDES, A. S. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: FERNANDES, A. S.; ALMEIDA, J. R. G.; MORAIS, M. Z. **Provas no processo penal - estudo comparado.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 13-45.

FIGUEIREDO, D. D. **O direito do acusado ao confronto das testemunhas de acusação na produção da prova penal.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Lisboa. Lisboa. 2019.

FRIEDMAN, R. D. The confrontation right. In: BROWN, D. K.; TURNER, J. I.; WEISSER, B. **The Oxford handbook of criminal process.** New York: Oxford University Press, 2019. p. 865-886.

GOLDMAN, A. **Knowledge in a social world.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

GOMES FILHO, A. M. **Direito à prova.** São Paulo: RT, 1997.

GOMES, A. F. "JUIZ DAS GARANTIAS": inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, v. 14, n. 51, p. 98-105, out/dez 2010.

GOMES, D. A. **Prova e imediação no Processo Penal.** Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GUIRAO, R. A. La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH. **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, v. 4, p. 1-15, 2013. Disponível em: <<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1006.pdf>>. Acesso em: 02 dez 2020.

HAACK, S. Epistemology Legalized: or, Truth, Justice, and the American Way. **American Journal of Jurisprudence**, v. 49, p. 43-61, 2004. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=682642](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=682642)>. Acesso em: 28 ago 2019.

JACKSON, J. D.; SUMMERS, S. J. **The internationalisation of criminal evidence:** beyond the Common Law and Civil Law traditions. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

LAUDAN, L. **Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology.** Cambridge: Cambridge university Press, 2006.

LIMA, R. B. **Pacote Anticrime:** Comentários à Lei nº 13.964/19 - Artigo por Artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LOPES JR., A. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MALAN, D. R. **Processo penal de partes: "right of confrontation" na produção da prova oral**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008.

MAZZONI, G. **¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria**. Madrid: Trotta, 2010.

MELO, M. E. V. Neoinquisitorialismo processual penal e a contaminação do julgador com os atos de investigação: a burla interna no processo penal brasileiro como obstáculo ao contraditório. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 951-992, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.314>>. Acesso em: 30 nov 2020.

MOREIRA, J. C. B. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 84, p. 144-155, 1996.

\_\_\_\_\_. O Processo Penal norte-americano e sua influência. In: MOREIRA, J. C. B. **Temas de direito processual - Oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 223-227.

NANCE, D. A. Conditional Probability and the Reconstruction of the Federal Rules of Evidence. **Michigan Law Review**, v. 94, n. 2, 1995.

O'BRIAN, W. E. The Right of Confrontation: US and European Perspectives. **Law Quarterly Review**, v. 121, p. 481-510, 2005. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1503966](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1503966)>. Acesso em: 02 dez 2020.

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú**. 1999. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf)> Acesso em: 02 mar 2021.

\_\_\_\_\_. **Caso Duque vs. Colombia**. 2016. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf)> Acesso em: 02 mar 2021.

\_\_\_\_\_. **Caso Nórin Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile**. 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_279\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf)> Acesso em: 02 mar 2021.

\_\_\_\_\_. **Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú**. 2016. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_319\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_319_esp.pdf)> Acesso em: 02 mar 2021.

\_\_\_\_\_. **Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela**. 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_348\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf)> Acesso em: 02 mar 2021.

\_\_\_\_\_. **Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua**. 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf)> Acesso em: 02 mar 2021.

\_\_\_\_\_. **Caso Zegarra Marín vs. Perú**. 2017. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf)> Acesso em: 02 mar 2021.

PEREIRA, F. V. **Fundamentos do justo processo penal convencional**: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

PISA, O. **Psicologia do testemunho: os riscos na inquirição de crianças**. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2006.

RAMOS, A. C. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REDMAYNE, M. Confronting Confrontation. **LSE law, society and economy working papers**, v. 10, 2010. Disponível em: <<http://eprints.lse.ac.uk/32897/>>. Acesso em: 03 dez 2020.

RIBEIRO, M. H. M.; SAMPAIO, A. R.; FERREIRA, A. A. A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 175-210, 2020. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/299>>. Acesso em: 30 nov 2020.

RITTER, R. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ROVATTI, P. Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos. **Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio**, Madrid, v. 1, p. 31-66, 2020.

SAMPAIO, A. R.; MELO, M. E. V. Cultura Inquisitória e as Falsas Oralidades. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 879-905, 2017. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/95>>. Acesso em: 02 dez 2020.

SCALLEN, E. A. Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: Toward a Three-Dimensional Confrontation Clause. **Minnesota Law Review**, v. 76, p. 623-654, 1991. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1688624](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1688624)>. Acesso em: 02 dez 2020.

SCHÜNEMANN, B. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: GRECO, L. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 206-221.

SEIGEL, M. Rationalizing Hearsay: A Proposal for a Best Evidence Hearsay Rule. **Boston University Law review**, v. 72, p. 893-950, 1992. Disponível em: <<https://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/310/>>. Acesso em: 04 dez 2020.

STEIN, A. **Foundations of evidence law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

SIMON-KERR, J. A. Unmasking Demeanor | Arguendo. **George Washington Law Review. Arguendo**, 2 set. 2020. v. 88, p. 158-174. Disponível em: <<https://www.gwlr.org/unmasking-demeanor/>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

SUXBERGER, A. H. G. Juiz das garantias: o inquérito policial deve compor os autos do processo? **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Brasília, v. 111, n. 1, p. 10-27, 2019. Disponível em: <<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/issue/view/13/showToc>>. Acesso em: 30 nov 2020.

\_\_\_\_\_. O juiz das garantias como caso de erro legístico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 57, n. 228, p. 93-114, 2020. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril\\_v57\\_n228\\_p93](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p93)>. Acesso em: 29 nov 2020.

TARUFFO, M. **La prueba de los hechos**. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011.

\_\_\_\_\_. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. La verità nel processo. In: PEREIRA, F. C. **Verdade e prova no processo penal: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 243-260.

\_\_\_\_\_. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016a.

TONINI, P. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TWINING, W. **Rethinking evidence: exploratory essays**. New York: Cambridge University Press, 2006.

US. Supreme Court. **Caso Crawford v. Washington**. 2004. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/541/36/#tab-opinion-1961558>> Acesso em: 20 fev 2021.

\_\_\_\_\_. **Caso Ohio v. Roberts**. 1980. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/56/#tab-opinion-1953704>> Acesso em: 20 fev 2021.

VIEIRA, M. V. **Direito à admissão probatória no processo penal: limites ao seu exercício**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo. São Paulo. 2017.

VITORELLI, E.; ALMEIDA, J. H. **Imparcialidade judicial e psicologia comportamental: há fundamento científico para um juiz de garantias?** No prelo: [s.n.], 2020. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/343490365\\_Imparcialidade\\_judicial\\_e\\_psicologia\\_comportamental\\_ha\\_fundamento\\_cientifico\\_para\\_um\\_juiz\\_de\\_garantias](https://www.researchgate.net/publication/343490365_Imparcialidade_judicial_e_psicologia_comportamental_ha_fundamento_cientifico_para_um_juiz_de_garantias)>.

WELLBORN, O. Demeanor. **Cornell Law Review**, 1 jul. 1991. v. 76, n. 5, p. 1075–1105. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol76/iss5/3>>.

WINTER, L. B. Princípio da imediação e confrontation: paralelismo, diferenças e tendências na prova testemunhal. In: AMBOS, K.; MALARINO, E. **Fundamentos de direito probatório em matéria penal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 207-248.